

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 92/76

URTEIL

Verkündet am
19. Januar 1978
Werner,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma I [REDACTED] Gesellschaft für P [REDACTED] - und
W [REDACTED] mbH, F [REDACTED] - J [REDACTED] - Straße [REDACTED], M [REDACTED],
vertreten durch den Geschäftsführer Siegfried S [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagten,
Berufungsklägerin, Anschluß-
berufungsbeklagten und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

1. Renate B [REDACTED], Fi [REDACTED]weg [REDACTED],
Wi [REDACTED],
2. Peter B [REDACTED], Fi [REDACTED]weg [REDACTED],
Wi [REDACTED],
3. Markus B [REDACTED], Fi [REDACTED]weg [REDACTED],
Wi [REDACTED],

Beklagte zu 2 und 3 vertreten durch die Beklagte zu 1,

4. Peter S c h [REDACTED], S [REDACTED]straße [REDACTED], We [REDACTED],

Beklagte, Widerkläger,
Berufungsbeklagte, Anschluß-
berufungskläger und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. Januar 1978 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt und die Richter Dr. Girisch, Meise, Bliesener und Obenhaus

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin werden das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in München vom 28. Oktober 1975 und das Schluß-Urteil der 19. Zivilkammer des Landgerichts München I vom 21. März 1974 aufgehoben, soweit die Klägerin zur Zahlung von mehr als 16.845,95 DM nebst Zinsen verurteilt worden ist. In diesem Umfange wird die Widerklage abgewiesen.

Von den erstinstanzlichen Kosten des Rechtsstreites haben die Klägerin 1/15 und die Beklagten 14/15 zu tragen. Von den Kosten des Berufungsverfahrens fallen der Klägerin 3/10 und den Beklagten 7/10 zur Last. Die Kosten des Revisionsverfahrens werden den Beklagten auferlegt.

Von Rechts wegen

- 3 -

3

Tatbestand:

Die Klägerin errichtete in den Jahren 1967/68 in R-
[REDACTED] Häuser mit Eigentumswohnungen und -läden. Durch
"Zusammenarbeitsvertrag" vom 19. Februar 1968 beauftragte
sie den während des Rechtsstreites verstorbenen Rechtsvor-
gänger der Beklagten zu 1 bis 3 und den Beklagten zu 4
(künftig nur: die Beklagten) als "Betriebsberater" den
Absatz ihrer Eigentumswohnungen und -läden durch Vermitt-
lung geeigneter Kaufinteressenten zu fördern. Nachdem es
alsbald zu Differenzen gekommen war, hat die Klägerin mit
der am 30. März 1968 zugestellten Klage vom 19. März 1968
die Feststellung begehrt, der "Zusammenarbeitsvertrag" sei
nicht wirksam.

Die Beklagten haben hingegen den Vertrag als wirksam
angesehen, ihn jedoch wegen der von der Klägerin verwei-
gerten Zusammenarbeit mit Schreiben vom 29. März 1968
fristlos gekündigt.

Mit am 23. April 1968 zugestelltem Schriftsatz vom
19. April 1968 haben sie Widerklage wegen eines Betrages
von insgesamt 25.804,70 DM nebst Zinsen erhoben.

Das Landgericht hat mit am 8. Januar 1969 an Ver-
kündungs Statt zugestelltem Teilurteil die Klage abgewie-
sen. Berufung und Revision der Klägerin sind ohne Erfolg
geblieben (vgl. Urteil des Senats vom 10. Februar 1972
- VII ZR 76/70 -).

Mit am 15. Dezember 1972 bei Gericht eingegangenem
Schriftsatz vom selben Tage haben die Beklagten unter ent-



[JLaw - Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

sprechender Erhöhung ihres Widerklageantrages weitere 200.000 DM als Schadensersatz wegen Vergütungsentganges von der Klägerin verlangt. Mit dem erweiterten Widerklageantrag haben sie vor dem Landgericht im Verhandlungstermin vom 26. Januar 1973 streitig verhandelt.

Das Landgericht hat den Beklagten auf die Widerklage zugesprochen:

16.845,95 DM nebst Zinsen aus den ursprünglich mit der Widerklage verlangten 25.804,70 DM und 30.000 DM nebst Zinsen aus den mit der Erweiterung der Widerklage verlangten 200.000 DM.

Die Klägerin hat die Verurteilung wegen der 16.845,95 DM nebst Zinsen hingenommen und sich mit der Berufung nur wegen des Betrages von 30.000 DM nebst Zinsen gewehrt.

Mit der Anschlußberufung haben die Beklagten die Verurteilung der Klägerin wegen eines den vom Landgericht ausgerichteten Betrag von 30.000 DM übersteigenden weiteren Schadensersatzbetrages von 70.000 DM verlangt.

Das Oberlandesgericht hat beide Rechtsmittel zurückgewiesen.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Beklagten bitten, verfolgt die Klägerin ihren Berufungsantrag auf Abweisung der Widerklage in Höhe von 30.000 DM nebst Zinsen weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Revision rügt in erster Linie, daß das Berufungsgericht die Verjährungseinrede der Klägerin wegen des noch im Streit befindlichen Widerklagebetrages von 30.000 DM nicht beachtet habe. Diese Rüge hat Erfolg:

1. Das Berufungsgericht legt in seiner Hilfsbegründung den "Zusammenarbeitsvertrag" dahin aus, daß vertraglich geschuldete Tätigkeit der Beklagten nicht diejenige von Handelsvertretern, sondern entgeltliche Besorgung fremder Geschäfte im Wege der Erbringung von Dienstleistungen im Sinne des § 196 Abs. 1 Nr. 7 BGB gewesen sei.

Diese vom Revisionsgericht nur eingeschränkt überprüfbare Auslegung des von den Parteien geschlossenen Individualvertrages läßt die Beklagten benachteiligende Rechtsfehler nicht erkennen:

Nach dem vom Berufungsgericht festgestellten Inhalt des "Zusammenarbeitsvertrages" sollten die Beklagten als "Betriebsberater" den Absatz der von der Klägerin errichteten Eigentumswohnungen fördern und durchführen, indem sie geeignete Kaufinteressenten vermittelten. Sie sollten "erfolgsabhängig" entlohnt werden nach Maßgabe von Preislisten, in denen ihr Entgelt für jede einzelne Wohnung festgelegt war. Danach sollten sie nicht als selbständige Makler oder als selbständige Handelsvertreter, sondern in abhängiger Stellung tätig sein. Sie waren verpflichtet, zwei Mitarbeiter zu stellen, die dauernd in der Nähe der

Verkaufsobjekte anwesend sein mußten, und sich selbst täglich für Beratungs- und Besichtigungstermine zur Verfügung zu halten oder durch geeignete Vertreter vertreten zu lassen. Sie durften nur im Namen der Klägerin und für diese handelnd auftreten. Die Klägerin beteiligte sich an den Werbungskosten, während die Beklagten gehalten waren, in bestimmtem Umfange auf eigene Kosten zu inserieren. Die Klägerin verpflichtete sich zur Zahlung des Entgelts an die Beklagten unabhängig davon, ob der Verkauf durch deren nachweisbare Tätigkeit zustande gekommen sei, sowie dazu, mit jedem nachgewiesenen sicheren Interessenten einen Kaufvertrag abzuschließen.

Danach ist es nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht den "Zusammenarbeitsvertrag" als einen nach § 196 Abs. 1 Nr. 7 BGB einzuordnenden, auf die Erbringung von Dienstleistungen gerichteten entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag angesehen hat.

2. Es kann dahinstehen, ob die mit der Widerklage geltend gemachten, auf die fristlose Kündigung des "Zusammenarbeitsvertrages" zurückzuführenden Schadensersatzansprüche ihre Grundlage in § 628 Abs. 2 BGB haben. Solche Ansprüche beruhen jedenfalls darauf, daß der entgeltliche Geschäftsbesorgungsvertrag von der Klägerin schuldhaft nicht erfüllt worden ist.

Nicht nur der Anspruch der Beklagten auf die bis zur Beendigung des Vertrages verdiente Vergütung, sondern auch ihre Schadensersatzansprüche aus der Nichterfüllung des "Zusammenarbeitsvertrages", das sind die Ansprüche aus

entgangener Vergütung, verjähren in der Frist des § 196 Abs. 1 Nr. 7 BGB (vgl. RGZ 61, 390, 391; 111, 102, 104; 116, 281, 285; BGH Urteile vom 19. April 1955 - I ZR 66/53 = LM BGB Nr. 3 zu § 286 und vom 5. März 1959 - II ZR 152/57 = LM BGB Nr. 2 zu § 198). Das zieht auch die Revisionserwiderung nicht in Zweifel. Nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts sind die Beklagten weder als Handelsvertreter noch als Handelsmakler und mithin nicht als Kaufleute tätig geworden (§§ 1, 2 HGB, § 196 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 BGB). Danach begann die zweijährige Frist der Verjährung aller ihrer mit der Widerklage geltend gemachten Ansprüche auf Zahlung von verdienter oder entgangener Vergütung mit dem Ende des Jahres 1968 zu laufen und war mit Ablauf des Jahres 1970 beendet.

Die Beklagten sind auch nicht etwa gehindert gewesen, wegen ihrer mit der Erweiterung der Widerklage verfolgten Ansprüche schon vor Ablauf der Verjährung Leistungs- oder auch nur Feststellungsklage zu erheben. Sofern ihre Ansprüche bis zu diesem Zeitpunkt noch nicht abschließend bezifferbar gewesen sein sollten, wären sie gleichwohl bereits entstanden gewesen und hätten klageweise geltend gemacht werden können, nämlich mit einer Feststellungsklage. Das reicht aus, um die Verjährung in Gang zu setzen (RGZ 83, 354, 358).

Die Verjährung war auch nicht für die Dauer des Rechtsmittelverfahrens gegen das klageabweisende Urteil im Sinne von § 202 BGB gehemmt. Irgendwelche ausdrücklichen Vereinbarungen in dieser Richtung haben die Parteien nicht getroffen. Daß die Klägerin stillschwei-

gend mit einer derartigen, gegen ihre Interessen gerichtete Vereinbarung einverstanden gewesen wäre, worauf sich die Revisionserwiderung beruft, kann nicht angenommen werden, da sie die mit der Widerklage verfolgten Ansprüche stets nach Grund und Höhe bestritten hat.

3. Vor Ablauf der Verjährungsfrist haben die Beklagten nur die mit der am 23. April 1968 zugestellten Widerklage verlangten Beträge von 25.804,70 DM eingeklagt, die seit Erlaß des landgerichtlichen Schlußurteils nicht mehr im Streit sind. Den ihnen vom Landgericht zugesprochenen Schadensersatzbetrag von 30.000 DM haben die Beklagten (als Teil des mit der Erweiterung der Widerklage verfolgten Mehrverlangens von 200.000 DM) erst am 26. Januar 1973 gerichtlich geltend gemacht, als sie mit dem entsprechenden Antrag aus dem nicht förmlich zugestellten Schriftsatz vom 15. Dezember 1972 vor dem Landgericht streitig verhandelt haben. Zu diesem Zeitpunkt waren die mit der Erweiterung der Widerklage beim Landgericht geltend gemachten Schadensersatzansprüche von 200.000 DM aus entgangener Vergütung, wie dargestellt, jedoch bereits seit Ende 1970 verjährt.

Entgegen der von der Revisionserwiderung vertretenen Ansicht war es der Klägerin nicht nach Treu und Glauben verwehrt, sich erst während des Berufungsverfahrens mit Schriftsatz vom 6. März 1975 auf die Einrede der Verjährung zu berufen. Dadurch ist die Beklagte nämlich nicht in ihren Entschließungen beeinflusst worden. Denn die Erweiterung der Widerklage hatte sie bereits mit Schriftsätzen vom 5. und 20. Juni 1968 sowie in der mündlichen Verhandlung vom 2. Oktober 1968 angekündigt. Vor-

genommen hat sie sie jedoch erst mit ihrem Schriftsatz vom 15. Dezember 1972, also lange nach Erlaß des Revisionsurteils vom 10. Februar 1972 und erst nach der Erhebung von Beweisen zu den mit der ursprünglichen Widerklage verfolgten Ansprüchen. Es fehlt an jeglichem Tatsachenvortrag in der Richtung, die Klägerin habe in den Beklagten etwa die Erwartung geweckt, sich nicht auf den Ablauf der Verjährungsfrist berufen zu wollen.

Das Berufungsgericht hätte deshalb von den mit noch insgesamt 100.000 DM bei ihm anhängigen, mit der Widerklage verfolgten Schadensersatzansprüchen nicht nur den mit der Anschlußberufung der Beklagten weiterverfolgten Teil des Schadensersatzanspruchs in Höhe von 70.000 DM, sondern auch den mit der Berufung der Klägerin bekämpften und nunmehr den Gegenstand des Revisionsverfahrens bildenden Teil des Schadensersatzanspruches in Höhe von 30.000 DM abweisen müssen (§ 222 BGB).

II.

Das angefochtene Urteil kann nach alledem keinen Bestand haben, soweit es den Beklagten auf die Widerklage - über die nicht mehr streitigen 16.845,95 DM nebst Zinsen hinaus - weitere 30.000 DM nebst Zinsen zugesprochen hat. In diesem Umfange sind auf die Rechtsmittel der Klägerin Berufungsurteil und landgerichtliches Urteil aufzuheben. Da weitere Sachaufklärung nicht erforderlich ist, kann das Revisionsgericht die gebotene Endentscheidung selbst treffen und die Widerklage insoweit abweisen (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO).

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91, 92, 97 ZPO. Obwohl die Klägerin mit ihrer Revision in der Hauptsache obsiegt, muß es gemäß § 97 Abs. 2 ZPO dabei bleiben, daß sie 3/10 der Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen hat. Denn sie obsiegt wegen der ihr in den Vorinstanzen zu Unrecht zugesprochenen 30.000 DM nebst Zinsen lediglich auf Grund der Verjährungseinrede, die sie erst in zweiter Instanz erhoben hat, obwohl sie sie bereits in erster Instanz hätte erheben können. Die Klägerin hat zwar in aller drei Instanzen eingewandt, der mit der Widerklage geltend gemachte Schadensersatzanspruch sei gar nicht entstanden, weil sie den Vertrag nicht schuldhaft verletzt habe. Ohne Rechtsverstoß haben jedoch Landgericht wie Oberlandesgericht die Entstehung des Widerklageanspruchs in Höhe von 30.000 DM festgestellt. Was die Revision dagegen vorbringt greift nicht durch (vgl. auch § 565 a ZPO).

Vogt

Girisch

Meise

Bliesener

Obenhaus